„Die Ausübung des Wahlrechts bei einem Wahlschuldverhältnis durch und gegenüber einer Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern."

Inaugural-Dissertation

zur

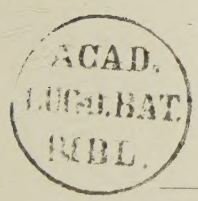
Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Martin Rasmus,
Referendar.



Breslau 1912.
Druck von Th. Schatzky G. m. b. H., Neue Graupenstrasse 5.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät
der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Schott.
Correferent: Professor Dr. Leonhard.

Meinen Eltern

aus Liebe und Dankbarkeit!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548206_0168

Übersicht.

Seite

„Die Ausübung des Wahlrechts bei einem Wahlschuldverhältnis durch und gegenüber einer Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern."

A) Einleitung.

1. Begriff der Wahlschuld unter Abgrenzung von verwandten Rechtsinstituten 9
2. Ausübung der Wahl im Allgemeinen 15
3. Unteilbarkeit der Wahl 18
4. Juristische Natur der Wahl 19

B) Ausübung des Wahlrechts durch und gegenüber einer Mehrheit.

I. Allgemeines 21

II. Besonderer Teil:

1. Geteiltes Schuldverhältnis
   - a) Mehrere Schuldner 23
     - α) Wahlrecht auf der Schuldnerseite 24
     - β) Wahlrecht auf der Gläubigerseite 26
   - b) Mehrere Gläubiger 27
     - α) Wahlrecht auf der Gläubigerseite 28
     - β) Wahlrecht auf der Schuldnerseite 28

2. Gesamtschuldverhältnis
   - a) Mehrere Schuldner 29
     - α) Wahlrecht auf der Schuldnerseite 30
     - β) Wahlrecht auf der Gläubigerseite 35
   - b) Mehrere Gläubiger 35
     - α) Wahlrecht auf der Gläubigerseite 36
     - β) Wahlrecht auf der Schuldnerseite 38

3. Schuldverhältnis zur gesamten Hand 38
   - a) Mehrheit auf der wahlberechtigten Seite (Gläubiger oder Schuldner) 39
   - b) Mehrheit (Gläubiger oder Schuldner) auf der Gegenseite des Wahlberechtigten 40

Literaturverzeichnis.

Albers: Die Wahlhandlung bei der Wahlschuld und der Verzug bei derselben. Diss. Rostock 1905.

Bernhöft u. Binder: Beiträge zur Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuches, Heft I. Leipzig 1902.

Bernstein: Zur Lehre vom alternativen Willen und den alternativen Rechtsgeschäften, Abteilung I Berlin 1878.

Binder: Die Korrealobligationen im römischen und heutigen Recht. Leipzig 1899.

Chamitzer: Natur, Gebiet und Grenzen der Wahlschuld. Leipzig 1902.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1. Jena 1903.

Crome: System des bürgerlichen Rechts, II, 1. Tübingen und Leipzig 1902.

Dechamps: Die obligatorischen Wahlverhältnisse nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Diss. Freiburg 1901.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens, II, 1. Halle 1909.

Endemann: Einführung in das Bürgerliche Gesetzbuch. Berlin 1898.

Enneccerus-Lehmann: Das bürgerliche Recht, Bd. 1. Marburg 1900.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch. München 1900.

Gierke: Deutsches Privatrecht, Bd. I, Leipzig 1895.

Hellwig: Anspruch und Klagerecht. Jena 1900 (In den Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozess, Bd. 5).

Kaufmann: Kommentar und Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bonn 1901.

Leo: Die Wahl bei der alternativen Obligation nach römischem und gemeinem Recht und nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Diss. Göttingen 1897.

Leonhard, Fr.: Die Wahl bei der Wahlschuld. (In Jherings Jahrbuch, Bd. 41)

Leuchtenberger: Unter welchen Voraussetzungen tritt bei Wahlschulden eine Beschränkung auf eine Leistung ein? Diss. Rostock 1902.

Litten: Die Wahlschuld im deutschen bürgerlichen Rechte. Berlin 1903.

Markus: Die Wahlschuld des bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Diss. Breslau 1899

Meissner: Das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Breslau 1898.
Mohr: Das Wahlschuldverhältnis nach dem bürgerlichen Gesetzbuche. Diss. Rostock 1906.
Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1906.
Pescatore: Die Wahlschuldverhältnisse. München 1905 (In den Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozess Bd. 13).
Pistory: Wahl und Unmöglichkeit als Voraussetzungen der Beschränkung der Wahlschuld nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Diss. Erlangen 1902.
Planck: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuche, II. Berlin 1907.
Schollmeyer: Recht der Schuldverhältnisse, Teil I. München 1900.
Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897.
Staudinger: Kommentar zum bürgerl. Gesetzbuche, II, 1. München 1907.
Rehbein: Das bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen, Bd. II. Berlin 1903.
Wagner: Die Alternativobligation mit Wahlrecht des Schuldners. Diss. Greifswald 1903.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Auflage, Bd. I. Frankfurt a/M. 1900

A) Einleitung.

Eine Wahlschuld liegt vor, wenn nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses zwischen mehreren Leistungen die Wahl gelassen ist, derart, dass der Schuldner entweder die eine oder eine andere nach seiner oder des Gläubigers Wahl zu bewirken hat. (Crome § 153.)

Die Wahlschuld gehört demnach zu den Rechtsgeschäften mit unbestimmtem Leistungsinhalt, den sogen. Blankettrechtsgeschäften. (Cosack, § 84 II.)

Der Streit über die juristische Konstruktion dieses Rechtsverhältnisses ist im römischen und gemeinen Recht, wie sich Fr. Leonhard[1]) zutreffend ausdrückt, „ein Tummelplatz für Quelleninterpretationen und geistreiche Konstruktionen" gewesen.

Auch nach Einführung des bürgerlichen Gesetzbuches ist dieser Streit nicht beigelegt worden.

Fast allgemein[2]) wird aber die resolutive Pendenztheorie — sogen. nach Bernstein, S. 1 u. 7 — als die der Wahlschuld des bürgerlichen Rechts zugrunde liegende betrachtet. Nach ihr werden die mehreren Leistungen der Wahlschuld von Anfang an geschuldet; erst durch die Wahl oder eine dieser gleich zu stellende Tatsache wird entschieden, welche der mehreren Leistungen schliesslich zu erfüllen ist. Mit diesem Zeitpunkt scheiden die nicht gewählten Leistungen aus dem Schuldverhältnis aus, und es wird so gehalten, als ob sie niemals geschuldet gewesen wären.

---

[1]) Fr. Leonhard, Die Wahl bei der Wahlschuld, S. 1.

[2]) Vertreter dieser Theorie sind z. B. Endemann, I, § 113; Crome, II, § 153; Dernburg, S. 113, 3; Schollmeyer, S. 60; Stammler, § 38; Chamitzer, S. 2.

Nach der suspensiven Pendenztheorie wird zunächst keine der mehreren Leistungen geschuldet, das Schuldverhältnis ist objektlos. Erst durch die Wahl oder ein äquivalentes Ereignis wird bestimmt, welche Leistung geschuldet werden soll.

Die resolutive Pendenztheorie war schon im gemeinen Recht die herrschende.[1]) Die Auffasung, dass sie auch der Wahlschuld des BGB. zugrunde liegt, findet zunächst eine Stütze in der scharfen Begriffsbestimmung der Motize zum Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches, welche die Wahlschuld „als ein Schuldverhältnis, welches auf mehrere Leistungen in der Weise gerichtet ist, dass nur die eine oder die andere erfolgen soll, die sämtlichen Leistungen aber von Anfang an bis zur Entscheidung, welche derselben zu bewirken ist, in obligatione sind."

Dementsprechend lautete § 207 E I:

„Ist ein Schuldverhältnis auf mehrere Leistungen in der Weise gerichtet, dass nur die eine oder die andere erfolgen soll, so steht das Wahlrecht dem Schuldner zu, wenn nicht durch Gesetz oder Rechtsgeschäft ein anderes bestimmt ist."

Die Verfasser des Entwurfs standen also zweifellos auf dem Standpunkt der resolutiven Pendenztheorie.

Wenn nun auch die Materialien zum BGB. keine Gesetzeskraft haben, so sind sie doch insofern für die Auslegung des Gesetzes selbst wertvoll, als sie den Willen des Gesetzgebers erkennen lassen. Dass die Verfasser des Entwurfs die resolutive Pendenztheorie zur Geltung bringen wollten, erkennt auch Litten,[2]) der bei Wahlrecht des Schuldners für die suspensive Pendenztheorie eintritt, an. Er meint jedoch, dass es bei diesem Wunsche geblieben sei.

Das Gegenteil lehrt uns der Gesetzestext selber. § 262 BGB. bestimmt nämlich:

---

[1]) Stammler, a. a. O., § 38.
[2]) cf. Litten, a. a. O., S. 75.

„Werden mehrere Leistungen in der Weise geschuldet, dass nur die eine oder die andere zu bewirken ist, so steht das Wahlrecht im Zweifel dem Schuldner zu."

Sollte es also wirklich, wie Litten meint, nur bei diesem „Wunsche" geblieben sein? Nein, die Worte des Gesetzes „werden mehrere Leistungen ..... geschuldet" bekunden zur Genüge, dass die mehreren Leistungen von vornherein geschuldet werden, der Wahlschuld des BGB. also die resolutive Pendenztheorie zugrunde liegt.

Eine weitere Stütze für diese Auffassung ist § 263 Abs. 2 BGB., welcher bestimmt, dass die gewählte Leistung als die von Anfang an allein geschuldete gilt. Wenn also nach erfolgter Wahl die gewählte Leistung als die „allein" geschuldete gilt, so war sie eben vorher nicht allein, sondern mit den übrigen Leistungen zusammen geschuldet.[1])

Gerade die gegenteilige Ansicht folgern Enneccerus-Lehmann[2]) und Fr. Leonhard[3]) aus dem eben angeführten § 263 Abs. 2 BGB.

Enneccerus meint, dass die Ausdrucksweise des § 262 BGB. nicht genau sei, dass das Gesetz vielmehr von der Auffassung ausgehe, „dass in Wahrheit nur eine, zunächst unbestimmte, dann durch die Wahl bestimmt werdende Leistung geschuldet wird." Dies zeige, so führt er weiter aus, § 263 Abs. 2 BGB. aufs Deutlichste, indem er ausspreche, „dass die gewählte Leistung als von vornherein geschuldet gilt."

Wenn § 263 Abs. 2 BGB. so lautete, wie Enneccerus ihn zitiert, so könnte er ihn allerdings zur Begründung seiner Auffassung verwerten. Da aber in dem Gesetzestext noch das Wörtchen „allein" steht, auf welchem, wie Schollmeyer[4]) zutreffend bemerkt, gerade der Nachdruck liegt, können wir es, wie Enneccerus, nicht einfach weglassen und dadurch dem § 263 Abs. 2 BGB. einen anderen

[1]) So Schollmeyer, § 263, Bemerkung 4; Endemann, § 118, Nr. 6; Chamitzer, S. 3.

[2]) Enneccerus-Lehmann, I, § 165, S. 417.

[3]) Fr. Leonhard, a. a. O, S. 63.

[4]) Schollmeyer, a. a. O., § 263, Bemerkung 4.

Sinn geben. Auch Fr. Leonhard[1]) zitiert den § 263 Abs. 2 ohne das Wort „allein“ und infolgedessen teilt er auch den Standpunkt von Enneccerus.

Wenn die Ansicht dieser beiden Autoren zutreffend wäre, wenn also bei der Wahlschuld von Anfang an nur eine Leistung geschuldet würde, dann wäre die gesetzliche Fiktion des § 263 Abs. 2 BGB., wonach die gewählte Leistung als die von vornherein allein geschuldete gelten soll, überflüssig. Denn wenn sie von vornherein allein geschuldet „ist“, braucht sie nicht als von vornherein geschuldet „gelten“. Eine solche Fiktion hat doch nur dann Sinn, wenn durch sie der Wahlschuld erst ein Objekt gegeben wird, (suspens. Pendenztheorie) oder wenn durch sie bestimmt wird, welches der geschuldeten Objekte in Zukunft Objekt der Wahlschuld bleibt (res. Pendenztheorie).

Litten[2]) scheidete die Fälle, in welchen der Schuldner das Wahlrecht hat von denen, in welchen das Wahlrecht dem Gläubiger zusteht. Er ist der Meinung, dass im Falle der Wahl des Schuldners ein suspensives, im Falle der Wahl des Gläubigers dagegen ein resolutives Pendenzverhältnis vorliege. Weder im § 263 Abs. 2, noch im § 262 BGB., sondern im § 265 BGB. ist nach ihm die Entscheidung der Pendenzfrage zu erblicken.

§ 265 BGB. lautet:

„Ist eine der mehreren Leistungen von Anfang an unmöglich oder wird sie später unmöglich, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf die übrigen Leistungen. Die Beschränkung tritt nicht ein, wenn die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den der nichtwahlberechtigte Teil zu vertreten hat.“

Der Schuldner habe also, so führt Litten[3]) aus, für die von im zu vertretende Unmöglichkeit einer Leistung nur dann aufzukommen, wenn dem Gläubiger das Wahlrecht zustehe. Habe dagegen der Schuldner selbst das Wahlrecht, so gehe seine Verpflichtung bezüglich der unmöglich gewordenen Leistung einfach unter. Im letzeren

[1]) Fr. Leonhard, a. a. O., S. 63.
[2]) Litten, a. a. O., S. 76ff.
[3]) Litten, a. a. O., S. 78.

Falle habe er demnach noch gar keine geschuldete Leistung unmöglich gemacht, vielmehr nur etwas, was in Zukunft einmal Gegenstand des Schuldverhältnisses hätte werden können. Die Objektspendenz sei deshalb im BGB. nur im Falle der Wahl des Gläubigers eine resolutive, im Falle der Wahl des Schuldners dagegen eine suspensive.

Litten, der also der Ansicht ist, dass bei Wahl des Schuldners dieser zunächst keine Leistung schuldet, lässt den Schuldner, wenn die eine von zwei Leistungen durch sein Verschulden, die andere später durch Zufall untergegangen ist, trotzdem für die schuldhafte Vernichtung der ersten Leistung haften. Zwar hafte in diesem Falle, so meint Litten[1]), der Schuldner nicht als solcher aus dem Schuldverhältnisse, denn die unmöglich gemachte Leistung sei ja noch nicht Objekt des Schuldverhältnisses gewesen, wohl aber auf Grund seiner unerlaubten Handlung.

Dies ist nun aber zweifellos nicht richtig, denn wenn der Schuldner seine eigene Sache, die er nach Ansicht Littens dem Gläubiger überhaupt noch nicht schuldet, vernichtet, so begeht er doch keine unerlaubte Handlung! (cf. Pescatore, S. 129).

M. E. ist aber aus § 265 BGB. überhaupt nicht das herauszulesen, was Litten herausliest. So meint denn auch Stammler[2]), dass die Wahlschuldverhältnisse in ihrer Besonderheit einheitlich beständen und in ihrer Eigenart gleichmässig aufzufassen seien. Ein Blick auf § 262 BGB., der einfach sage, dass im Zweifel der Schuldner das Wahlrecht haben solle, bestätige dies.

Aus § 262 BGB. folgt nun allerdings noch nicht was Stammler daraus folgert, denn § 262 BGB. schliesst eine verschiedene Beurteilung der Wahlschuld mit Wahlrecht des Schuldners und derjenigen mit Wahlrecht des Gläubigers nicht aus. Wohl aber folgt, wie Markus[3]) mit Recht bemerkt, solches aus § 265 BGB. S. 1, welches von einer Beschränkung „des Schuldverhältnisses" spricht, und zwar

[1]) Litten, a. a. O, S. 196, Anm. 2.
[2]) Stammler, a. a. O., S. 135.
[3]) Markus, a. a. O., S. 8.

ganz allgemein bei Schuldner- und Gläubigerwahlrecht (cf. auch Mohr, S. 7).

Dieser Auffassung widerspricht auch nicht die Bestimmung, dass bei Wahlrecht des Schuldners und bei von ihm zu vertretener Unmöglichkeit einer der beiden Leistungen das Schuldverhältnis sich konzentriert. Diese Bestimmung ist m. E. lediglich zum Schutz des Gläubigers gegeben, denn ohne dieselbe könnte sich der Schuldner, obwohl er noch die andere Leistung zu bewirken imstande ist, durch Leistung des Schadensersatzes für die untergegangene Sache von seiner Verbindlichkeit befreien, und damit wäre dem Gläubiger in den meisten Fällen nicht gedient.

Wir gewinnen daher als Resultat unserer Untersuchung: Aus § 262, 263 Abs. 2 BGB. folgt, dass der Wahlschuld des BGB. die resolutive Pendenztheorie zu Grunde liegt und zwar sowohl bei Gläubiger- wie bei Schuldnerwahlrecht. § 265 BGB. enthält keine Entscheidung der Pendenzfrage, sondern setzt vielmehr voraus, dass die mehreren Leistungen der Wahlschuld von Anfang an geschuldet werden.

Es steht bei einer Wahlschuld also von vornherein fest, dass etwas und was geschuldet wird. Unbestimmt ist nur, welches der mehreren Leistungsobjekte zu erfüllen ist. Dadurch, dass die Unbestimmtheit sich nur auf den Leistungsinhalt bezieht, unterscheidet sich die Wahlschuld von der Bedingung, bei welcher das Sein oder Nichtsein der Schuld in Frage steht. Von der Gattungsschuld, bei welcher die Obligation schon an sich existiert und nur noch an Unbestimmtheit des Inhalts leidet, unterscheidet sich die Wahlschuld dadurch, dass bei ihr von vornherein eine bestimmte Anzahl von Möglichkeiten, die Unbestimmtheit zu lösen, gegeben ist, während dieselbe bei der Gattungsschuld im Prinzip unbegrenzt ist (vergl. hierzu Litten S. 87; Oertmann, Vorb. 2d zu §§ 262/65).

Wahlschuldverhältnis und Schuldverhältnis mit alternativer Ermächtigung sind äusserlich ähnlich, begrifflich aber sehr verschieden. Diese Ähnlichkeit zeigt sich darin, dass bei beiden Rechtsinstituten der Schuldner mit dem

einen oder anderen Objekt seiner Leistungspflicht genügen kann. Der Unterschied in der juristischen Konstruktion besteht aber darin, dass bei der Wahlschuld von vornherein mehrere Leistungen geschuldet werden, bei der alternativen Ermächtigung dagegen nur eine Leistung geschuldet, dem Schuldner aber das Recht zugesprochen wird, sich durch eine andere als die geschuldete Leistung von seiner Verbindlichkeit zu befreien.

Einerseits von der Wahlschuld, andererseits von der alternativen Ermächtigung unterscheiden sich die alternativen Befugnisse. Während alternative Ermächtigung und Wahlschuld darin übereinstimmen, dass der Wahlberechtigte die Wahl zwischen verschiedenen Leistungsobjekten hat, handelt es sich bei der alternativen Befugnis um verschiedene Ansprüche, die dem Gläubiger wahlweise offen stehen (vergl. Mohr, S. 15).

Es werden also, wie wir gesehen haben, bei der Wahlschuld mehrere Leistungen geschuldet, von denen aber nur eine zu erfüllen ist. Wie wird nun diese Ungewissheit gehoben, wodurch erfolgt die Bestimmung des Leistungsobjektes?

2. Im Gegensatz zur herrschenden Lehre,[1]) wonach die Konzentration der Wahlschuld, abgesehen vom Falle des § 265 BGB., nur durch die Wahl des Wahlberechtigten eintritt, wollen Crome[2]) und Pescatore[3]) auch dem Leistungsvollzuge als solchem diese Funktion zusprechen.

Crome lehrt: „Die Erfüllung seitens des wahlberechtigten Schuldners tilgt die Wahlschuld auch dann, wenn sie keine dem Gläubiger gegenüber erfolgende Handlung ist, also den Erfordernissen der Wahlerklärung nicht entspricht."

Das Gesagte folge, so führt er aus, aus dem regulären Inhalt des Schuldverhältnisses. Es bedürfe daher in dieser Hinsicht keines besonderen Ausspruches des Gesetzes.

[1]) Stammler, a. a. O., S. 136; Planck, Anm. zu § 263.
[2]) Crome-System, § 153, Nr. 4, Anm. 26.
[3]) Pescatore, a. a. O., S. 183.

Aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses folgt, dass die bei der Wahlschuld bestehende Unbestimmtheit der Leistung gehoben werden muss, denn solange diese Unbestimmtheit besteht, ist die Wahlschuld nicht tilgungsfähig.[1]) Aus dem Begriff der Wahlschuld folgt aber weiter, dass diese Unbestimmtheit durch Ausübung der Wahl gehoben wird. Das kommt schon in der Bezeichnung „Wahlschuld" zum Ausdruck und folgt daraus, dass das Gesetz im § 262 BGB. die Wahl gleichsam in die Definition des Schuldverhältnisses aufgenommen hat. (cf. Markus, S. 19). Soll daher noch anderen juristischen Tatsachen dieselbe Wirkung zugesprochen werden, so muss dies im Gesetz besonders zum Ausdruck gebracht werden.

So bestimmt denn auch § 265 BGB., dass eine Beschränkung des Schuldverhältnisses auch dann eintreten solle, wenn sämtliche Leistungen bis auf eine unmöglich geworden sind, es sei denn, dass die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich geworden ist, den der nicht wahlberechtigte Teil zu vertreten hat.

Eine Bestimmung dagegen, dass dem Leistungsvollzuge auch diese Wirkung zukommen solle, findet sich nirgends im Gesetz, und daraus folgt, dass ihm diese Wirkung nicht zukommt.

Pescatore[2]) stützt sich zur Begründung seiner Auffassung auf § 267 BGB. Dieser Paragraph bestimmt:

„Hat der Schuldner nicht in Person zu leisten, so kann auch ein Dritter die Leistung bewirken. Die Einwilligung des Schuldners ist nicht erforderlich."

Es liege kein Grund vor, so meint Pescatore,[3]) diese Sätze nicht auch bei der Wahlschuld zur Anwendung zu bringen. Habe demnach A. von B. x oder y nach Wahl des B. zu fordern, so erlösche das Schuldverhältnis, wenn C. an A. x leistet, ohne dass eine Wahl von seiten des sog. wahlberechtigten Schuldners B. erfolgt sei. A. habe be-

[1]) So insbes. Planck, § 263, Anm. 2; Stammler, a a. O., S. 136; Markus, a. a. O., S. 18; Litten, a. a. O., S. 122/164.

[2]) u. [3]) Pescatore, a. a. O, S. 183.

kommen was ihm auf Grund des Schuldverhältnisses zuteil werden sollte, eine der beiden Leistungen. Widerspreche aber B. der Leistung von Seiten des C., so brauchen A. und C. davon keine Notiz zu nehmen, und kleide B. den Widerspruch in die Form einer Wahlerklärung, er wähle y, weil er nicht wolle, dass C. für ihn x leiste, so brauchten sich A. und C. auch um diese Wahlerklärung nicht zu kümmern.

Dieser Beweisführung können wir ebenfalls nicht beistimmen, denn es liegt wohl ein Grund vor, die Vorschrift des § 267 BGB. nicht ohne Weiteres auch bei der Wahlschuld zur Anwendung zu bringen, und dieser Grund liegt in der Eigenart der Wahlschuld.

Beim Vorliegen einer gewöhnlichen Schuld kann es dem Schuldner gleichgültig sein, ob ein anderer für ihn erfüllt. Bei der Wahlschuld wird dies in der Regel nicht der Fall sein, denn der Schuldner wird häufig ein Interesse daran haben, gerade diese oder jene Leistung zu bewirken. Dieses Interesse zu verwirklichen, hat er das Wahlrecht, und dieses Wahlrecht kann ihm ohne seinen Willen nicht genommen werden.

Wir werden uns daher der herrschenden Lehre anschliessen und in dem Leistungsvollzuge als solchem keine Konzentration erblicken, zumal für die Richtigkeit dieser Ansicht ausser dem oben angeführten auch noch die Entstehungsgeschichte der massgebenden Paragraphen spricht.

§ 208 Abs. 2 des ersten Entwurfs enthielt nämlich folgende Bestimmung:

„Die Wahl gilt auch dann als vollzogen, wenn der wahlberechtigte Schuldner eine der Leistungen, sei es auch nur teilweise, bewirkt, oder wenn der wahlberechtigte Gläubiger eine der Leistungen, sei es auch nur teilweise, angenommen hat."

Diese Bestimmung wurde in der Kommission für den zweiten Entwurf gestrichen, weil sie „zu dem Missverständnis Anlass gebe, dass die Wahl in den gedachten Fällen auch dann als vollzogen gelten solle, wenn der Wahlberechtigte sein Wahlrecht nicht gekannt habe," dass

andererseits, wenn diese Kenntnis vorliege, die Vorschrift nur etwas Selbstverständliches sage.[1])

Im Gegensatz zur herrschenden Lehre des gemeinen Rechts hat das BGB. den Grundsatz aufgestellt, dass die Entscheidung der Unbestimmtheit und somit die Umwandlung der Wahlschuld in eine einfache Schuld durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile erfolgt (§ 263 BGB.). Die Wahl ist somit eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, welche den Bestimmungen der §§ 130—132 BGB. unterliegt. Da vom Gesetz keine besondere Form für die Wahlerklärung vorgeschrieben ist, kann der Wahlberechtigte dieselbe in beliebiger Form erklären, also durch jede Handlung, welche seine Wahlabsicht zum Ausdruck bringt, so insbesondere durch Annahme einer Leistung seitens des wahlberechtigten Gläubigers, durch Leistung oder Angebot der Leistung seitens des wahlberechtigten Schuldners. Auch in der Teilleistung bezw. ihrer Annahme wird eine stillschweigende Ausübung der Wahl zu erblicken sein. Die einmal erklärte Wahl ist unwiderruflich. Das nach römischem und gemeinem Recht bestehende jus variandi ist beseitigt. Die Unwiderruflichkeit der Wahl folgt daraus, dass durch die Wahl die nichtgewählten Leistungen aus dem Schuldverhältnisse ausscheiden und der Schuldner von jeder Verbindlichkeit hinsichtlich derselben frei wird. Diese Rechtswirkung, die mit dem Vollzuge der Wahl ipso jure eintritt, kann der Wahlberechtigte nicht einseitig umstossen. Der EI und EII hatten die Unwiderruflichkeit der Wahl besonders hervorgehoben. Mit Recht wurden die betreffenden Bestimmungen aber als „überflüssig" gestrichen (vergl. Planck zu § 163, 1).

Vollzogen ist die Wahl der anwesenden Gegenpartei gegenüber mit Abgabe der Erklärung, der abwesenden gemäss § 130 BGB. in dem Zeitpunkt, in welchem ihr die Erklärung zugegangen ist.

3. Die Objekte der Wahlschuld sollen sich gegenseitig ersetzen, sie schliessen sich aber auch gegenseitig aus (Bernstein, S. 58). Es folgt dies aus § 262 BGB.,

[1]) Vergl. Planck, § 263, Anm. 3 und Protokolle I, S. 282.

welcher bestimmt, dass von den mehreren Objekten der Wahlschuld nur das eine oder das andere zu erfüllen ist. Es steht dem Schuldner also nicht frei, von zwei Leistungsobjekten das eine und das andere je zur Hälfte zu erfüllen; entweder das eine oder das andere, bestimmt das Gesetz, das eine oder das andere aber ganz. Der Gläubiger andererseits ist nur auf die eine oder andere Leistung berechtigt. Er kann nicht teilweise die eine und teilweise die andere Leistung fordern, denn dann würde er mehr fordern als er zu fordern berechtigt ist. Dies gilt uneingeschränkt auch für den Fall, dass die sämtlichen in obligatione befindlichen Leistungen an sich teilbar sind (Schollmeyer, Anm. 3 zu § 420).

4. Als was stellt sich die Möglichkeit, von den mehreren Objekten der Wahlschuld das eine als das zu erfüllende zu bestimmen dar? Ist diese Möglichkeit ein Recht oder eine juristische Tatsache?

Das erstere ist der Fall. Es ist dies zwar nicht unbestritten, wird aber fast allgemein anerkannt.[1]) Bevor wir zu dieser Frage Stellung nehmen, ist es nötig, in aller Kürze den Begriff des subjektiven Rechts zu bestimmen. Wir werden uns dabei an die Einteilung Windscheids halten, welcher zwei Arten von subjektiven Rechten unterscheidet:

1. Rechte auf ein gewisses Verhalten, Tun oder Unterlassen der dem Berechtigten gegenüberstehenden Personen. In dieser Bedeutung ist der Begriff des Rechts gleichbedeutend mit dem des Anspruches, welchen das BGB. im § 194 als „das Recht, von einem Anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen" definiert.
2. Eine andere, für die Entscheidung der vorliegenden Frage wichtige Bedeutung hat das Wort Recht in dem Sinne von Befugnis jemandes, begründend, ändernd oder aufhebend auf den Bestand von Rechts-

[1]) cfr. Crome, Bd. II, 1. S. S. 92; Planck zu § 262; Staudinger, Anm. zu § 262; Dernburg, S. 114, Nr. 6.

verhältnissen einzuwirken. (cf. Windscheid, a. a. O., Bd. I, § 43.)

Ein Recht dieser zweiten Art, ist das Wahlrecht.

Nach Enneccerus (I, § 165 zu II) ist das Wahlrecht „nur eine im Interesse leichter Ausdrucksweise nicht zu entbehrende Bezeichnung, die aber genau genommen nicht zutreffe. Es handle sich nicht um ein besonderes Recht, es sei vielmehr nur der Inhalt der Forderung von dem Willen einer Person abhängig". Diese Abhängigkeit nur des Inhalts von dem Willen einer Person, diese Möglichkeit, durch einseitige Erklärung das Schuldverhältnis von Grund aus umzugestalten, so dass aus der Wahlschuld eine einfache Schuld wird, ist nach dem oben Ausgeführten aber genügend, um Inhalt eines subjektiven Rechts zu sein. Wenn Enneccerus die Wahlbefugnis nicht als Recht anerkennt, müsste er folgerichtig auch dem Rücktrittsrecht die rechtliche Natur absprechen, denn bei diesem handelt es sich doch auch nur um die Möglichkeit, aufhebend auf ein Rechtsverhältnis einzuwirken. Dem Rücktrittsrecht spricht Enneccerus aber die Rechtsnatur zu (I, § 187). Ein Grund dafür, zwischen diesen beiden Möglichkeiten einen Unterschied zu machen, ist aber nicht vorhanden, und deshalb ist es unlogisch, das eine als Recht anzusehen, das andere aber nicht. Ein „besonderes" Recht in dem Sinne, dass es selbständig übertragbar wäre, ist das Wahlrecht allerdings nicht. Deswegen wird man ihm aber die Rechtsnatur nicht versagen dürfen. Es sei nur daran erinnert, dass nach § 1153 BGB — von wenigen Ausnahmen abgesehen — die Forderung nicht ohne die Hypothek und die Hypothek nicht ohne die Forderung übertragen werden kann. Und doch handelt es sich hier um zwei verschiedene „Rechte", das persönliche und das dingliche. (Chamitzer S. 15.)

Wir werden daher mit der Mehrzahl der Autoren — Chamitzer, S. 13/14, Litten, S. 125/126, Crome II 1, S. 92, Planck zu § 262, Schollmeyer zu § 264, 1, Staudinger, Anm. zu § 262, Dernburg, S. 114, Nr. 6; anderer Ansicht Pescatore, S. 169 ff., Engelmann, Bem. 9 zu Dernburg. S. 114 — die Möglichkeit, bei einer Wahlschuld die

Wahl vorzunehmen, als „Recht“ bezeichnen, zumal das Gesetz selbst in den §§ 262, 264 von einem „Wahlrecht“ spricht. Nicht ungenau, sondern vollkommen berechtigt ist diese Ausdrucksweise des Gesetzes.

B. Ausübung des Wahlrechts durch und gegenüber einer Mehrheit.

I. Über die Ausübung der Wahl durch und gegenüber einer Mehrheit enthält das Gesetz keine besondere Bestimmung. Denn § 263 BGB., welcher die Ausübung der Wahl regelt, bestimmt nur, dass die Wahl durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile zu erfolgen hat. Diese Vorschrift kann aber nicht dahin ausgelegt werden, dass bei mehreren Wahlberechtigten unbedingt übereinstimmende Wahl aller erforderlich und bei mehreren Vertragsgegnern die Wahl unbedingt allen gegenüber zu erfolgen habe. Die Mehrzahl der Schriftsteller — Planck, § 263, Abs. 4, Oertmann, § 263, Abs. 3, F. Leonhard, S. 4, Meissner, § 263, Abs. 3, Dernburg, S. 115, Nr. 9, Rehbein, II, S. 74/75, Markus, S. 16, Wagner, S. 24, Pistory, S. 29, Fischer-Henle, Anm. 3 zu 263 (letzterer allerdings nur bei einer Mehrheit auf der wahlberechtigten Seite), Crome, S. 92, Anm. 27 —, die sich zu dieser Frage erklärt haben, verlangt allerdings gemeinschaftliche Wahl aller Berechtigten und Erklärung an sämtliche Personen der Gegenpartei. F. Leonhard und Rehbein kommen zu ihrem Ergebnis durch Analogieschluss aus den §§ 356, 502, 513 BGB. Ebenso wie das mehreren zustehende Rücktrittsrecht nur von allen und gegenüber allen geltend gemacht werden kann und das Vor- und Wiederkaufsrecht der §§ 502, 513 nur gemeinschaftlich ausgeübt werden kann, so soll auch das Wahlrecht des § 263 nur gemeinschaftlich und allen gegenüber ausgeübt werden können. Die Berufung auf die §§ 502, 513 BGB. ist, soweit es auf die Wahl allen Vertragsgegnern gegenüber ankommt, schon deshalb hinfällig, weil beide Vorschriften nur eine Mehrheit von

Personen auf der Aktivseite berücksichtigen, darüber aber, wie das Vor- und Wiederkaufsrecht gegenüber mehreren ausgeübt werden soll, keine Bestimmung treffen. Auch für diesen Fall gemeinschaftliche Ausübung allen gegenüber zu verlangen, dazu liegt weder eine begriffliche noch praktische Notwendigkeit vor (vergl. Oertmann, Anm. 3 zu § 502, Albers, S. 75). Aus den §§ 502, 513 sowie auch aus dem § 356 kann aber m. E. für die Ausübung der Wahl bei einer Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern in dem angeführten Sinne ein Schluss überhaupt nicht gezogen werden. Aus dem Vergleich mit den angeführten Paragraphen folgt vielmehr das Gegenteil. Denn gerade daraus, dass das Gesetz nur diese drei Fälle aufzählt und bestimmt, dass hier ein mehreren zustehendes Recht nur gemeinschaftlich ausgeübt werden kann, folgt, dass ohne weiteres in Fällen, in denen einer Mehrheit von Personen ein Recht zusteht, dieses Recht nicht notwendig von allen ausgeübt zu werden braucht. Hätte der Gesetzgeber auch bei Ausübung der Wahl bei einem Wahlschuldverhältnisse unbedingte Gemeinschaftlichkeit verlangen wollen, so hätte er eine diesbezügliche Bestimmung in das Gesetz aufnehmen müssen. Eine solche Bestimmung existiert aber, wie wir gesehen haben, nicht. Der Analogieschluss aus den §§ 356, 502, 513 ist daher unberechtigt. Aber auch die Unteilbarkeit der Wahl kann nicht dazu führen, eine unbedingte Gemeinschaftlichkeit der Wahl von und gegenüber allen anzunehmen. Denn die Einheitlichkeit der Wahl kann ebensogut dann gewahrt bleiben, wenn einer der Wahlberechtigten mit präjudizierender Wirkung für die übrigen wählen könnte.[1]) Wir werden aber überhaupt die Aufstellung einer allgemeinen Regel, welche auf das zwischen den einzelnen wahlberechtigten Schuldnern oder Gläubigern bestehende Rechtsverhältnis grundsätzlich keine Rücksicht nimmt, verwerfen müssen. Denn so einfach eine solche Lösung wäre, so ungerecht wäre sie

[1]) Aus der Unteilbarkeit der Wahl scheinen Planck (S. 263, 4) und Crome (S. 92) die gemeinschaftliche Ausübung der Wahl zu folgern.

andererseits, da sie auf die Eigenart der verschiedenen Arten der Beteiligung mehrerer Personen an einem Schuldverhältnisse keine Rücksicht nimmt. Es wäre mithin gleichgültig, ob ein Schuldverhältnis zur gesamten Hand, ein Gesamt- oder Teilschuldverhältnis vorläge. Und doch besteht ein grosser Unterschied zwischen diesen Arten der Beteiligung mehrerer an einem Schuldverhältnisse, der auch bei der Ausübung des Wahlrechts nicht unberücksichtigt bleiben kann. Es wird daher nötig sein, die verschiedenen Einzelfälle zu betrachten und nach den für sie geltenden Grundsätzen zu bestimmen, von und gegenüber wem die Wahl zu erfolgen hat. — Darauf wird hingewiesen von Schollmeyer, S. 63—65, Litten, S. 133, Leuchtenberger, S. 23, Kaufmann, § 263, III, Abs. 2, Engelmann, Bem. 12 zu Dernburg, S. 115, Pescatore, S. 205, Albers, S. 77, Bernhöft u. Binder, S. 40 —. Sofern diese Grundsätze nicht mit dem Wesen der Wahlhandlung in Einklang zu bringen sind, wird eine Regelung zu erstreben sein, welche unter Berücksichtigung der Wahlhandlung den Charakter des zugrunde liegenden Schuldverhältnisses nach Möglichkeit aufrecht erhält.

II. Bei Ausübung der Wahl durch und gegenüber einer Mehrheit kommt es auf die Eigenart des Schuldverhältnisses an, in welchem die Wahlberechtigten zu ihrem Vertragsgegner stehen.

Es sind folgende Grundformen der Beteiligung mehrerer Gläubiger oder Schuldner an einem Schuldverhältnis zu unterscheiden.

1. Geteiltes Schuldverhältnis,
2. Gesamtschuldverhältnis,
3. Schuldverhältnis zur gesamten Hand.

1. Geteiltes Schuldverhältnis.

a) Mehrere Schuldner.

Begriff der Teilschuldnerschaft: Eine „Teilverpflichtung liegt vor, wenn eine gegen mehrere gerichtete Forderung, die ihrer äusseren Gestalt nach ein einheitliches Recht

darstellt, unter Wahrung ihrer formellen Einheit, materiell in soviel Teilforderungen zerlegt wird, als Schuldner vorhanden sind" (Cosack, S. 401). Jeder Teilschuldner ist bezüglich seiner Quote selbständig. Er kann seinen Anteil selbständig leisten, durch schuldhafte Nichtleistung kommt nur er in Verzug. Schuldhafter Untergang seiner Leistung beeinträchtigt die übrigen Teilschuldner in keiner Weise. Hierin zeigt sich die materielle Unabhängigkeit der einzelnen Teilleistungen von einander. Trotz dieser materiellen Unabhängigkeit ist andererseits der Umstand, dass die Teilschuldner aus einem und demselben Schuldverhältnisse verpflichtet sind, rechtlich von Bedeutung. So können die Teilschuldner nach § 59 CPO. gemeinschaftlich als Streitgenossen klagen und verklagt werden, so kann ferner das den Schuldnern zustehende Rücktrittsrecht nach § 356 BGB. nur von allen zusammen geltend gemacht werden. Hierin zeigt sich, dass trotz materieller Unabhängigkeit der einzelnen Teilverpflichtungen von einander, der einheitliche Ursprung derselben gewahrt ist. Diese formelle Einheit kann bei der Ausübung der Wahl bei einem Wahlschuldverhältnisse nicht unberücksichtigt bleiben.

a) Wahlrecht auf der Schuldnerseite.

Aus dem Begriff der Wahlschuld ergibt sich, dass nur die eine oder die andere Leistung bewirkt werden kann. (§ 262 BGB.) Da die sämtlichen Teilschulden, wie soeben dargelegt, eine formell einheitliche Schuld bilden, es sich also um eine Wahlschuld handelt, kann die Wahl nur auf den einen oder anderen Schuldgegenstand fallen. Wollte der eine Teilschuldner das, der andere jenes wählen, so würde die Beschränkung des Schuldverhältnisses auf die eine oder die andere ganze Leistung vereitelt. Auf die eine oder die andere Leistung ist der Gläubiger aber berechtigt. Diese Einheit könnte nun dadurch gewahrt bleiben, dass ein Teilschuldner mit präjudizierender Wirkung für die anderen die Wahl ausübt. Dies widerspricht aber dem Umstande, dass an sich jeder Teilschuldner zur Vornahme der Wahl berechtigt ist. Diese Rechte der übrigen können nicht durch die Wahl eines einzigen, der vielleicht

ein dem Gesamtinteresse widersprechendes Sonderinteresse daran hat, dass gerade die eine Leistung zu erfüllen ist, geschmälert werden. Weil nun jeder Schuldner zur Wahlvornahme berechtigt ist, keiner aber mit Wirkung für und gegen die übrigen, die Wahl ausüben kann, stehen die Schuldner bezüglich ihres Wahlrechts in einer Gemeinschaft (§ 741 BGB.). Die Ausübung des gemeinschaftlichen Rechts steht nach § 744 Abs. 1 BGB. den Teilhabern gemeinschaftlich zu. Die Schuldner können daher, sofern sie nicht die Ausübung des Wahlrechts vertraglich anders geregelt haben, dasselbe nur gemeinschaftlich ausüben. Jeder Teilschuldner kann aber, wenn eine gültige Wahl nicht zustande kommt, nach § 745 Abs. 2 BGB. eine den Interessen aller entsprechende Wahl verlangen. Sollte auch auf diesem Wege eine gültige Wahlerklärung nicht zustande kommen, so wird das Wahlrecht nach § 264 BGB. auf den Gläubiger übergehen müssen. Durch den Wahlverzug allein verlieren die Schuldner ihr Wahlrecht noch nicht, vielmehr steht ihnen dasselbe bis zum Beginn der Zwangsvollstreckung noch zu. Ist aber bereits eine Teilleistung oder ein Teil derselben von einem Teilschuldner beigetrieben worden, so muss auch das Wahlrecht aller übrigen Schuldner verloren gegangen sein. Denn wenn dies nicht der Fall wäre, wenn die nicht in Anspruch genommenen übrigen Schuldner noch das Wahlrecht hätten, würde der einheitliche Ausfall der Wahl, auf den der Gläubiger unbedingt ein Recht hat, verhindert werden können. Bezüglich dieses Punktes scheint Litten (S. 136) anderer Ansicht zu sein. Nach ihm sollen trotz Beitreibung der Leistung von einem Schuldner die übrigen Schuldner noch wählen können. Er verlangt deshalb, dass der Gläubiger, wenn er beitreiben wolle, gegen alle Schuldner zusammen vorgehen müsse. Dieses gemeinsame Beitreiben von allen Schuldnern scheitert aber an der tatsächlichen Ausführbarkeit. Man denke z. B. an den Fall, dass die Schuldner an verschiedenen Orten wohnen. Wie soll in diesem Falle eine gemeinschaftliche Beitreibung erfolgen? Der Gläubiger würde hier in eine unangenehme Lage versetzt werden können, denn da er gegen die

Schuldner auf Abgabe einer gültigen Wahl nicht klagen kann (vergl. RGE. Bd. VIII, S. 353, 355; XII, S. 187), andererseits nicht gegen alle zusammen vollstrecken kann, würde ihm keine Möglichkeit gegeben sein, eine einheitliche Leistung zu erzwingen, und dies alles nur darum, weil seine Schuldner sich nicht einigen können oder wollen. Aus Zweckmässigkeitsgründen wird man daher durch Beitreibung von einem Schuldner das ganze Schuldverhältnis als konzentriert ansehen müssen.

Anders steht es freilich dann, wenn der Gläubiger vor Vornahme der gemeinschaftlichen Wahl und vor Fälligkeit der Schuld von einem Teilschuldner Leistung annimmt. Hier tut er es dann auf die Gefahr hin, von den übrigen Schuldnern Leistungen der anderen Alternative zu erhalten. Denn es ist nicht die Leistung bezw. Teilleistung an und für sich, welche die Konzentration des Schuldverhältnisses bewirkt, sondern die aus der Leistung der einen oder anderen Alternative ersichtliche Wahlabsicht. Da ein Teilschuldner, wie wir gesehen haben, nicht mit Wirkung für die anderen Schuldner wählen kann, kann er naturgemäss auch nicht mit Wirkung für die anderen leisten und so auf diesem Umwege das ganze Schuldverhältnis konzentrieren. Zu einer anderen Ansicht wird man freilich dann kommen müssen, wenn man, wie Pescatore (S. 181) in der Leistung als solcher das konzentrierende Moment sieht. Da die Teilleistung für die Konzentration dieselbe Wirkung hat wie Volleistung, würde demnach durch Leistung seitens eines Schuldners die ganze Wahlschuld ohne Rücksicht darauf, dass die übrigen Schuldner hierdurch bei der Wahl nicht zu Wort kommen würden, konzentriert werden (vergl. Pescatore, S. 205). Diesem Ergebnis ist daher nicht beizutreten.

β) Wahlrecht auf der Gläubigerseite.

Aus der Unteilbarkeit der Wahlhandlung folgt auch hier, dass der Gläubiger nicht dem einen Schuldner diese, dem anderen jene Erklärung abgeben kann. Eine andere Frage ist die, ob der Gläubiger nur durch Erklärung an alle Schuldner gültig wählen kann, oder ob zur Konzen-

tration des Schuldverhältnisses Erklärung an einen Schuldner ausreichend ist. Pescatore (S. 206) und Leo (S. 47) befürworten letzteres. Sie folgern dies daraus, dass die Wahl allen Schuldnern gegenüber gleichmässig zu erfolgen habe, die einem Schuldner gegenüber erklärte Wahl aber nach allgemeinen Grundsätzen vom Gläubiger nicht widerrufen werden könne. Was die Gleichmässigkeit der Wahl anbetrifft, so ist ihnen darin recht zu geben. Im übrigen können wir ihnen aber nicht zustimmen, denn die Unwiderruflichkeit der Wahl setzt doch voraus, dass dieselbe gültig vollzogen ist, d. h. dass derjenige, dem sie erklärt wurde, der „andere Teil" ist. Der andere Teil ist aber bei einer Personenmehrheit — soweit sich nicht ein anderes aus der Natur des Schuldverhältnisses ergibt — eben diese Mehrheit, und foglich kann auch nur dieser Mehrheit die Wahl gültig erklärt werden. Die Wahl wird also erst dann als gültig vollzogen anzusehen sein, wenn sie sämtlichen Schuldnern gegenüber gleichmässig erklärt worden ist. Bis dahin ist sie, da noch nicht gültig vollendet, widerruflich.[1])

b) Mehrere Gläubiger.

„Eine Teilgläubigerschaft liegt vor, wenn eine mehreren Gläubigern zustehende Forderung, die ihrer äusseren Gestalt nach ein einheitliches Recht darstellt, unter Wahrung dieser formellen Einheit materiell in soviel Teilforderungen zerlegt wird, als Gläubiger vorhanden sind" (Cosack, S. 401). Diese materielle Selbständigkeit besteht darin, dass jeder Teilgläubiger seine Forderung selbständig geltend machen kann, dass die Wirkungen des Annahmeverzuges nur in der Person des Gläubigers eintreten, bei dem sie vorliegen. Der einheitliche Ursprung der Forderungen, diese formelle Einheit, zeigt sich darin, dass bei einem gegenseitigen Vertrage die Leistung gegenüber sämtlichen Teilgläubigern verweigert werden kann, wenn auch nur einer von ihnen mit dem ihm obliegenden Teile der Gegenleistung im Rück-

[1]) Im Resultat übereinstimmend die Seite 21 angeführten und Albers S. 79.

stande ist. Diese Zusammengehörigkeit der einzelnen Forderungen darf auch bei der Wahlausübung nicht unberücksichtigt bleiben.

α) Wahlrecht auf der Gläubigerseite.

Da sämtliche Teilforderungen eine einheitliche Schuld bilden, kann sich diese Schuld, wenn sie zugleich Wahlschuld ist, nach § 262 BGB. nur auf den einen oder anderen Gegenstand konzentrieren. Da also ein Gläubiger nicht dies, der andere jenes wählen kann, die Wahl des einen Gläubigers nicht für und gegen die übrigen wirken kann, weil jeder Gläubiger zur Vornahme der Wahl berechtigt ist, müssen die Gläubiger gemeinschaftlich wählen. Sie stehen also in Ansehung des Wahlrechts in einer Gemeinschaft. — So Motive V, S. 172, Litten, S. 136, Leuchtenberger, S. 24, Leo, S. 33. — Die Ausübung der Wahl, die sich als Wahrnehmung des gemeinschaftlichen Rechts darstellt, erfolgt mangels besonderer Parteiregelung nach den Bestimmungen der §§ 741ff. BGB. Auf die Wahl eines Gläubigers braucht sich der Schuldner nicht einzulassen. Der auf Leistung gerichteten Klage eines Teilgläubigers kann er den Einwand mangelnder Aktivlegitimation entgegensetzen (Litten, S. 136). Leistet der Schuldner dennoch, so läuft er Gefahr, dass die übrigen Gläubiger von ihm Leistungen der anderen Alternative verlangen, denn weder durch die Wahl eines einzelnen Teilgläubigers noch durch Leistung an einen Teilgläubiger kann das Wahlrecht der übrigen konsumiert werden. Anderer Ansicht ist Pescatore, S. 205. Dieser will durch die Annahme der Leistung seitens eines Gläubigers das Wahlrecht der übrigen Gläubiger konsumiert wissen. Diese Ansicht ist eine notwendige Folge seiner Auffassung, dass auch die Leistung bezw. Teilleistung als solche die Konzentration herbeiführt. Eine Auffassung, welche wir schon Seite 15ff. zurückgewiesen haben.

β) Wahlrecht auf der Schuldnerseite.

Die Wahl einem Teilgläubiger gegenüber wirkt nicht für die übrigen, denn jeder Gläubiger hat ein Recht darauf, dass ihm die Wahl erklärt wird (Litten, S. 136). Der

Schuldner darf aber auch nicht dem einen Gläubiger gegenüber diese, dem andern gegenüber jene Wahlerklärung abgeben, denn sonst würde das Schuldverhältnis nicht einheitlich konzentriert werden. Der Schuldner muss also allen Gläubigern die gleiche Wahlerklärung abgeben. Mit dem Zugehen der Erklärung an den letzten Schuldner ist die Wahl vollzogen, bis dahin ist sie widerruflich.

2. Gesamtschuldverhältnis.

a) Mehrere Schuldner.

(Begriff der Gesamtschuldnerschaft.)

Schulden mehrere eine Leistung in der Weise, dass jeder von ihnen die ganze Leistung bewirken muss, der Gläubiger sie aber nur einmal zu fordern berechtigt ist, so liegt ein Gesamtschuldverhältnis vor (§ 421 BGB.). Ob es sich bei der Gesamtschuld um eine Mehrheit von Schuldverhältnissen oder um ein Schuldverhältnis mit mehreren Leistungen (so Staudinger) handelt, soll hier nicht untersucht werden. Beide Auffassungen laufen schliesslich auf dasselbe hinaus. Denn wenn die Gesamtschuld auch nicht eine einzige Schuld ist, so kann man sie doch als ein einheitliches Schuldverhältnis in einem höheren Sinne bezeichnen. Denn dadurch, dass die Obligationen der Gesamtschuld zu gemeinsamem Zweck und gemeinsamem Schicksal verbunden sind, unterscheiden sie sich von anderen selbständig nebeneinander bestehenden Obligationen. Die Identität, die Einmaligkeit der Leistung, schliesst die einzelnen Obligationen zu einer Gesamtheit zusammen, mag man diese Gesamtheit nun als eine einzige Obligation bezeichnen oder nicht, praktisch ist das jedenfalls bedeutungslos (vergl. Binder, S. 585).

Weil das Ziel der verschiedenen Obligationen das gleiche ist und nur einmal erreicht werden soll, befreit jeder Gesamtschuldner, soweit er leistet, auch seine Mitschuldner. Der Erfüllung stehen die Erfüllungssurrogate gleich. Im Übrigen zählt das Gesetz in den §§ 422—424 BGB. die objektiv wirkenden Tatsachen einzeln auf. Alle anderen Tatsachen sollen nur von Person zu Person wirken. Die einzelnen Schuldner stehen also, soweit sich aus den §§ 422—424

nicht das Gegenteil ergibt, prinzipiell selbständig dem Gläubiger gegenüber. Gehört nun die Wahlausübung zu den objektiv oder subjektiv wirkenden Tatsachen? Das Gesetz gibt darüber keine positive Bestimmung. Aus der Natur der Gesamtalternativobligation hat man aber auf Grund des § 425 Abs. 1 BGB. die objektive Wirkung der Wahl folgern zu müssen geglaubt. § 425 Abs. 1 bestimmt nämlich, dass ausser den gesetzlich normierten objektiv wirkenden Tatsachen auch noch anderen Tatsachen eine solche Wirkung zuzusprechen sei, sofern sich ein solches aus dem zugrunde liegenden Schuldverhältnisse ergebe. Dass eine solche objektive Wirkung der Wahl sich aus der Natur der Gesamtalternativobligation ergibt, wird lebhaft bestritten.

α) Wahlrecht auf der Schuldnerseite.

Pescatore (S. 207) und Leo (S. 31) glauben der Wahl nur subjektive Wirkung beimessen zu dürfen. Sie folgern dies daraus, dass die §§ 422—424 BGB. die objektiv wirkenden Tatsachen erschöpfend haben regeln wollen (vergl. 425!) Sie kommen infolgedessen zu dem Ergebnis, dass jeder Schuldner für sich wählen könne, und dass die von einem Schuldner erklärte Wahl nur ihn und den Erklärungsempfänger binden solle.

Bei einer solchen Regelung der Wahl würde, wenn die Schuldner verschiedene Wahlerklärungen abgeben würden, die Identität der Leistung völlig zerstört werden. An die Stelle der einen Schuld würden verschiedene Einzelobligationen mit je einem besonderen Leistungsinhalte treten (vergl. Schollmeyer, S. 65, Litten, S. 138). Sind beispielsweise A, B und C als Gesamtschuldner dem D gegenüber verpflichtet, nach ihrer Wahl entweder 3 Schimmel, 3 Rappen oder 3 Füchse zu liefern und würde nun A die Schimmel, B die Rappen und C die Füchse wählen, so würde D die Rappen nur von A verlangen können. Jeder der drei Gesamtschuldner würde etwas anderes schulden. Das widerspricht aber dem Wesen der Gesamtschuld. Denn darin, dass jeder Schuldner dem Gläubiger auf denselben Gegenstand verhaftet ist, besteht

ja gerade die Eigenart des Gesamtschuldverhältnisses. Eine solche Wahlregelung würde auch dem Wesen der Wahlschuld widersprechen. Denn der Zweck der Wahl, die Konzentration des Schuldverhältnisses auf den einen oder anderen Gegenstand, würde bei verschiedenem Ausfall der Wahl vereitelt werden.

Auf das Bedenkliche einer solchen Wahlregelung machen Leonhard (S. 5) und Litten (S. 138) aufmerksam, indem sie darauf hinweisen, dass durch eine solche Teilung der Gesamtschuld in verschiedene Obligationen mit besonderen Leistungsinhalten der Gläubiger schlechter gestellt werde. Dabei scheint jedoch übersehen worden zu sein, dass es nicht die Teilung in verschiedene Einzelobligationen an sich ist, welche diese Benachteiligung für den Gläubiger mit sich bringt, sondern der Umstand, dass der Gläubiger trotz erklärter Wahl auch in Zukunft noch in Ungewissheit darüber geblieben ist, was er nun eigentlich geleistet bekommen werde. Denn durch die Teilung der Obligation an sich ist, wie Pescatore (S. 209) überzeugend nachweist, die Lage des Gläubigers keineswegs verschlechtert worden, sie ist im Gegenteil insofern noch eine günstigere geworden, „als dadurch dem Gläubiger die Gefahr des zufälligen Unmöglichwerdens der gewählten Leistung noch nicht näher gebracht worden ist". Hätten z. B. bei obigem Beispiele alle drei Schuldner die Rappen gewählt, so würden sie, wenn die Lieferung derselben durch Zufall unmöglich geworden wäre, von ihrer Verpflichtung dem Gläubiger gegenüber frei sein. Der Gläubiger würde in diesem Falle nichts zu beanspruchen haben. Hätten dagegen die Schuldner verschieden gewählt, so würden bei Untergang der Rappen dem Gläubiger noch die beiden anderen Schuldner auf die Füchse und die Schimmel verhaftet sein.

Wenn daher auch die Lage des Gläubigers durch eine solche Konzentration unter Umständen eine günstigere sein kann, so ist sie doch dadurch, dass die Erfüllungsungewissheit fortbesteht, für den Gläubiger stets eine ungünstigere. Litten (S. 138) führt zur Veranschaulichung dieser Folgen folgendes Beispiel an: D., welcher am 1. Juli zu einer militärischen Übung eingezogen wird und hierzu

eines Pferdes bedarf, begibt sich am 1. Februar zu den Pferdehändlern A und B und findet unter deren Pferdebestand einen Schimmel und einen Rappen, die ihm beide tauglich erscheinen und A und B gemeinsam gehören. D kontrahiert darauf, da A und B sich auf ein Pferd solange vorher nicht binden wollen, mit ihnen alternativ dahin, dass ihm entweder der Rappe oder der Schimmel bis zum 30. Juni geliefert werden müsse. D bedingt sich dabei ausdrücklich aus, dass er am 1. Juni bereits sicher wissen müsste, ob er den Rappen oder den Schimmel erhalten werde, um sich in Musse das zu dem Pferde passende Sattelzeug beschaffen zu können. Wenn nun A und B, die nach § 431 BGB. Gesamtschuldner sind, verschiedene Wahlerklärungen abgeben, so muss D den 1. Juli heranrücken lassen, ohne sich Gewissheit darüber verschaffen zu können, welches Pferd er nun eigentlich geliefert bekommen werde. Denn auf Vornahme einer gültigen Wahl — die wir für den Fall, dass der Wahlberechtigte sich ausdrücklich verpflichtet hat, innerhalb einer bestimmten Frist zu wählen, im Anschluss an Chamitzer (S. 18), Leo (S. 55), Litten (S. 185) für zulässig erklären möchten — kann D nicht klagen, denn eine solche ist bereits erfolgt. Auch die Rechte aus § 286 BGB. kann der Gläubiger nicht geltend machen, denn die Schuldner sind, da sie gültig gewählt, nicht im Verzuge.

Wir werden der von Pescatore vertretenen Ansicht nicht beitreten können, denn abgesehen davon, dass die Gesamtschuld eine einheitliche Schuld ist und als Wahlschuld nach § 262 BGB. sich nur auf den einen oder anderen Gegenstand konzentrieren kann, eine Teilkonzentration aber sowohl dem Wesen der Wahl als auch dem der Gesamtschuld widerspricht, führt diese Ansicht, wie obiges Beispiel zeigt, zu praktisch unbrauchbaren Resultaten, indem der Zweck der Wahl, die Ungewissheit zu beseitigen, vereitelt wird.

Rechnet man die Wahl zu den nur von Person zu Person wirkenden Tatsachen, so kann man noch zu dem Ergebnis kommen, dass eine Wahl nur gültig von allen Wahlberechtigten zusammen erklärt werden kann. Diese

Auffassung hat vor der von Pescatore vertretenen das voraus, dass durch sie die Einheitlichkeit der Gesamtschuld gewahrt und das ganze Schuldverhältnis einheitlich konzentriert wird. Sie wäre auch insofern gerecht, als sie die Gesamtheit der Wählenden zu Wort kommen lässt, und wie Litten zutreffend bemerkt, „eine dem Gesamtinteresse unter Umständen durchaus widersprechende, möglichst schleunige Ausübung des Wahlrechts durch einen vielleicht übereilt handelnden zum Nachteil der übrigen verhindert." Gestützt wird diese Auffassung auf die nach § 426 BGB. zwischen den einzelnen Schuldnern bestehende Rechtsgemeinschaft und das durch dieselbe nach § 744 BGB. bedingte Prinzip gemeinschaftlichen Handelns. Eine solche gemeinschaftliche Ausübung des Wahlrechts durch die Schuldner widerspricht aber dem Wesen der Gesamtschuld, welches doch gerade darin besteht, dass die einzelnen Schuldner dem Gläubiger selbständig gegenüberstehen.

Wir werden daher diese Ansicht, die das Wesen der Gesamtschuld unberücksichtigt lässt, verwerfen und uns denen anschliessen, welche die Wahl zu den objektiv wirkenden Tatsachen rechnen. Ausdrücklich als solche ist die Wahl im Gesetz nicht erwähnt. Das hindert aber nicht, sie dazu zu rechnen, denn wie sich aus § 425 Abs. 1 BGB. ergibt, können noch andere als die ausdrücklich erwähnten Tatsachen objektiv wirken, sofern dies die Parteien vereinbart haben, oder sich ein solches aus dem Inhalt des konkreten Schuldverhältnisses ergibt. Hier knüpft nun die eine Auffassung, der wir uns anschliessen möchten, an, indem sie die objektive Wirkung der Wahlerklärung durch einen Schuldner aus dem Wesen der Gesamtschuld folgert.

Aus der Natur der Gesamtschuld ergibt sich zunächst, dass die mehreren Schuldner dem Gläubiger prinzipiell selbständig gegenüberstehen. Diese Unabhängigkeit zeigt sich beispielsweise darin, das ein Verschulden oder Verzug, indem sich ein Gesamtschuldner befindet, nur gegen diesen wirkt; ferner darin, dass die Kündigung nur für oder gegen den einzelnen von Bedeutung ist. (Vergl. § 425 Abs. 2 BGB.).

Ist eine Gesamtschuld nun zugleich Wahlschuld, so würde es dem Wesen der Gesamtschuld entsprechen, wenn man jedem Schuldner ein selbständiges Wahlrecht zusprechen, durch die einem Schuldner erklärte Wahl das Wahlrecht der übrigen aber unberührt lassen wollte. Da nun aber andererseits die Gesamtschuld zugleich Wahlschuld ist, die Grundsätze über die Wahlschuld daher nicht unberücksichtigt bleiben dürfen, die Wahl also nur auf den einen oder anderen Gegenstand fallen darf, muss die Wahl des zuerst Wählenden das Wahlrecht der übrigen Schuldner ausschliessen. Es kann daher aus dem Wesen der Gesamtwahlschuld auf Grund des § 425 Abs. 1 BGB. mit Recht die objektive Wirkung der Wahl gefolgert werden.

Gegen eine solche Wahlregelung, wie sie insbesondere von Schollmeyer vertreten wird, wendet sich Litten. Letzterer erkennt zwar an, dass die einzelnen Gesamtschuldner dem Gläubiger prinzipiell selbständig gegenüberstehen, dass aber dieses an sich richtige Prinzip bei der Gesamtwahlschuld durch die zwischen den einzelnen Schuldnern bestehende Rechtsgemeinschaft in Ansehung des Wahlrechts und durch das durch diese Gemeinschaft bedingte Prinzip gemeinschaftlichen Handelns durchkreuzt werde (Litten, S. 138). Dieser Beweisführung können wir nicht zustimmen; denn die zwischen den einzelnen Schuldnern bestehende Rechtsgemeinschaft kommt nur im Verhältnis der einzelnen Schuldner zu einander in Betracht. Dem Gläubiger steht jeder Schuldner selbständig gegenüber, auch bezüglich des Wahlrechts, jeder einzelne Schuldner ist ihm gegenüber zur Wahlvornahme legitimiert.

Gegen eine solche Regelung der Wahlausübung hat man sich auf praktisch unbrauchbare Resultate berufen. Litten (S. 138, Anm. 3) meint, dass ein Schuldner, der ein besonderes Interesse daran hätte, gerade den einen Gegenstand eventuell leisten zu müssen, diesem Sonderinteresse zum Nachteil der übrigen dadurch Rechnung tragen könnte, dass er seine Wahl dem Gläubiger so bald als möglich erklärt. Gegen eine solche Benachteiligung sind die Schuldner aber durch § 426 BGB. geschützt.

Denn infolge des zwischen ihnen gesetzlich bestehenden Gemeinschaftsverhältnisses ist ein Schuldner allein im Verhältnis zu seinen Mitschuldnern zur Wahlerklärung nicht berechtigt. Wählt er dennoch, so ist die Wahl dem Gläubiger gegenüber zwar gültig vollzogen, der Erklärende seinen Mitschuldnern aber zum Schadensersatz verpflichtet. Diese Verpflichtung ist m. E. genügend, um den Schuldner daran zu hindern, eine dem Interesse der Gesamtheit widersprechende Wahlerklärung abzugeben.

Dem Interesse der übrigen Schuldner, zu wissen, was sie zu leisten haben, wird gleichfalls die zwischen den Schuldnern bestehende Gemeinschaft gerecht, denn der die Wahl erklärende Schuldner ist danach verpflichtet, die Wahl den anderen Schuldnern mitzuteilen.

β. Wahlrecht auf der Gläubigerseite.

Wenn die Einheitlichkeit der Gesamtschuld gewahrt bleiben, wenn sich das Schuldverhältnis auf den einen oder anderen Gegenstand konzentrieren soll, so werden wir auch hier daran festzuhalten haben, dass der Gläubiger dem einen Schuldner gegenüber nicht diese, dem anderen gegenüber nicht jene Leistung wählen kann. Da die Wahl nun zu den aus der Person eines Gesamtschuldners für die übrigen wirkenden Tatsachen gehört, so werden wir die Wahl als gültig vollzogen ansehen müssen, wenn sie einem Schuldner gegenüber erklärt worden ist. Dem Interesse der übrigen Schuldner, zu erfahren, was zu leisten ist, wird der § 426 BGB. gerecht. Denn durch die zwischen den einzelnen Schuldnern bestehende Rechtsgemeinschaft ist der Schuldner, dem die Wahl erklärt worden ist, verpflichtet, die vom Gläubiger getroffene Entscheidung seinen Mitschuldnern zu übermitteln.

b) Mehrere Gläubiger.

Das Wesen der Gesamtgläubigerschaft besteht darin dass von mehreren Personen jede dieselbe Leistung verlangen kann, der Schuldner die Leistung aber nur einmal zu bewirken braucht. Wie beim Gesamtschuldverhältnis stehen auch hier die einzelnen Gläubiger dem Schuldner

prinzipiell selbständig gegenüber. Diese Unabhängigkeit von einander äussert sich besonders darin, dass jeder Mitgläubiger die volle Verfügung über den Anspruch hat und durch seine Disposition direkt über die konkurrierenden Berechtigungen seiner Mitgläubiger verfügt (Hellwig, S. 191). So wirkt z. B. ein zwischen einem Gläubiger und dem Schuldner geschlossener Erlassvertrag auch gegen die übrigen Gläubiger, wenn die Vertragschliessenden das ganze Schuldverhältniss haben aufheben wollen (§§ 423, 429 BGB.).

a) Wahlrecht auf der Gläubigerseite.

In dem selbständigen Gegenüberstehen der einzelnen Gläubiger zum Schuldner zeigt sich die Eigenart der Gesamtforderung. Dieser Eigenart würde es zuwiderlaufen, wenn man die Ausübung des Wahlrechts nur allen Gläubigern gemeinschaftlich zusprechen wollte. Der Beweisführung Littens, dass die Selbständigkeit der einzelnen Gläubiger durch die zwischen ihnen nach § 430 BGB. bestehende Rechtsgemeinschaft durchbrochen werde, und infolgedessen nur alle Gläubiger zusammen wählen könnten, ist nicht zuzustimmen, denn die zwischen den einzelnen Gläubigern bestehende Rechtsgemeinschaft kommt nur im Verhältnis der einzelnen Gläubiger zueinander in Betracht.

Es ergibt sich nur noch die Frage, ob jeder Gläubiger für sich solle wählen können, oder ob die von einem Gläubiger vorgenommene Wahl das Wahlrecht der übrigen Gläubiger konsumieren solle. Ersteres wird von Pescatore und Leo befürwortet. Aber wohl mit Unrecht, denn obwohl die Wahl nach § 429 Abs. 3 BGB. in Verbindung mit § 425 Abs. 1 BGB. nicht ausdrücklich als eine objektiv wirkende Tatsache bezeichnet ist, so ergibt sich ein solches doch aus der Natur der Gesamtwahlschuld. Denn wenn man die Wahl nur zu den subjektiv wirkenden Tatsachen rechnen wollte, so würde bei verschiedenem Ausfall der Wahl sowohl die einheitliche Leistung zerstört als auch das Schuldverhältnis nicht einheitlich konzentriert werden. Ausser diesen juristischen Bedenken zwingen uns auch praktische Folgen, diese Ansicht zu verwerfen. Durch

eine solche Wahlregelung würde der Schuldner erheblich benachteiligt werden, denn während doch gerade der Zweck der Wahl der ist, dem Schuldner die Ungewissheit, was er zu leisten hat, zu nehmen, bestände bei verschiedenem Ausfall der Wahl diese Ungewissheit fort. Denn da der Schuldner nicht wissen kann, welcher Gläubiger von ihm Leistung verlangen wird, muss er trotz erfolgter Wahl noch sämtliche Leistungen der Wahlschuld zur Erfüllung bereit halten. Dieser Folge seiner Ansicht ist sich auch Leo bewusst; ohne aber daraus die Konsequenzen zu ziehen, tröstet er sich vielmehr damit, dass ein solcher Zustand bei der Gesamtforderung nichts Unerhörtes sei, dass ein Schuldner, der mehreren Gläubigern gegenüberstehe, stets Härten ausgesetzt sei. Man (Pescatore, S. 207; Staudinger, 263, Anm. 3) hat zur Unterstützung dieser Ansicht ferner die aus § 428 Abs. 2 BGB. ersichtliche Beseitigung des Präventionsprinzips ins Feld geführt. Während im gemeinen Recht die Klageerhebung des einen Gläubigers das Klagerecht der übrigen Gläubiger ausschloss, soll nach BGB. durch die Klage des einen Gläubigers das Klagerecht der übrigen nicht konsumiert werden. Ebenso wie nun die Klage des einen die Klage des anderen nicht ausschliesst, soll auch die Wahl des einen die des andern nicht ausschliessen. Wenn dies zuträfe, so würde nicht nur der Zweck der Konzentration, die Beschränkung des Schuldverhältnisses nicht erreicht, sondern auch der Gesamtschuld die Indentität der Leistungspflicht genommen werden. Aus diesem Grunde kann m. E. aus der Beseitigung des Präventionsprinzips ein Schluss auf die Wahl durch mehrere Gläubiger nicht gezogen werden.

Aus dem Umstande, dass jeder Gläubiger dem Schuldner selbständig gegenüber steht, dass er also ohne Mitwirkung seiner Mitgläubiger wählen kann, und daraus, dass andererseits die Wahl nur auf eine Leistung fallen kann, folgt die objektive Wirkung der Wahl. Staudinger[1]) erkennt zwar an, dass der Wahl objektive Wirkung gegeben werden kann, dass die Wahl aber nicht notwendig

[1]) a. a. O., § 263, Anm. 3.

objektiv wirken müsse. Er beruft sich zur Beweisführung dafür auf den Erlass. Ebenso wie dieser nach § 423 BGB. sowohl subjektiv als objektiv wirken kann, so soll auch eine Wahlerklärung für und gegen eine Mehrheit von Personen ebensowohl in einer nur subjektiv bindenden Bedeutung als auch mit objektiver, die Unbestimmtheit des ganzen Schuldverhältnisses beseitigender Tragweite gegeben werden können.

Eine solche subjektive Wirkung der Wahl steht aber, wie schon oben ausgeführt, im Widerspruch mit dem Wesen der Wahl und dem der Gesamtforderung.

Im Verhältnis zueinander stehen die Gläubiger nach § 430 BGB. in einer Gemeinschaft. Der zuerst wählende Gläubiger hat danach die Pflicht, seine Wahl den übrigen Gläubigern mitzuteilen. Auf Grund des Gemeinschaftsverhältnisses sind die Gläubiger im Verhältnis zueinander nur zur gemeinschaftlichen Wahlübung berechtigt. Wählt ein Gläubiger daher allein zum Nachteil der übrigen, so wird man von ihm Schadenersatz verlangen können.

β) Wahlrecht auf der Schuldnerseite.

Da sich aus dem Begriff der Gesamtforderung ergeben hat, dass die Wahl zu den aus der Person eines Gläubigers für und gegen die übrigen Gläubiger wirkenden Tatsachen gehört, wird durch die Wahl des zuerst wählenden Gläubigers das Wahlrecht der übrigen konsumiert, das Schuldverhältnis konzentriert. Auf Grund des nach § 430 BGB. zwischen den Gläubigern bestehenden Gemeinschaftsverhältnisses ist der die Wahl Erklärende verpflichtet, die von ihm vorgenommene Wahl seinen Mitgläubigern mitzuteilen. Durch die Vorschrift des § 430 sind die Gläubiger ferner gegen eine dem Gesamtinteresse zuwiderlaufende, unbefugte Wahlausübung geschützt.

3. Schuldverhältnis zur gesamten Hand.

Die Gemeinschaft zur gesamten Hand ist eine personenrechtliche Gemeinschaft, bei der die verbundenen Personen insgesamt zur Trägerschaft der gemeinschaftlichen Rechte berufen sind. Während bei der Gesamt-

schuld die zwischen den einzelnen Schuldnern oder Gläubigern bestehenden Rechtsbeziehungen nur im Innenverhältnis zur Geltung kommen, tritt bei dem Schuldverhältnis zur gesamten Hand die Gemeinschaftlichkeit auch nach aussen hin hervor. Daher können die Gesamtrechte gegen Dritte von der Gesamtheit und nur von ihr, die Gesamtpflichten von Dritten gegen die Gesamtheit und nur gegen sie geltend gemacht werden. Der Einzelne für sich ist weder aktiv noch passiv legitimiert. Allerdings kann der Einzelne gemäss § 432 Abs. 1 BGB. die Leistung an alle gemeinschaftlich verlangen, auch kann er verlangen, dass eine hinterlegungsfähige Sache für alle hinterlegt, eine nicht zur Hinterlegung geeignete an einen Sequester herausgegeben wird. Damit sind aber die gesamtwirkenden Tatsachen erschöpft. Alle übrigen Tatsachen, welche nur in der Person eines der Gläubiger eintreten, wirken nach § 432 Abs. 2 BGB. nicht für und gegen die übrigen Gläubiger, sondern nur in der Person dessen, bei dem sie eingetreten sind.

a) Mehrheit auf der wahlberechtigten Seite (Gläubiger oder Schuldner).

Da § 432 BGB. die gesamtwirkenden Tatsachen erschöpfend geregelt hat, die Wahl aber unter ihnen nicht erwähnt ist, kann sie nur Einzelwirkung für den sie erklärenden Gläubiger oder Schuldner haben. Soll die Wahl daher allgemein verbindlich sein, so muss sie durch übereinstimmende Erklärung aller erfolgen — Staudinger, § 263, 3a, Litten, S. 134, Albers, S. 86, Pescatore, S. 205, Schollmeyer, 263, 3c. Es ist dies wohl auch unbestritten. — Die Wahlberechtigten müssen sich also zuvor einigen. Hierfür sind die besonderen Bestimmungen über die Gesellschaft, die eheliche Gütergemeinschaft und die Gemeinschaft der Miterben massgebend. Fehlt es an einer solchen gesetzlichen Bestimmung, und ist die Ausübung der Wahl nicht vertraglich geregelt, so erfolgt dieselbe nach den Vorschriften der Gemeinschaft gemäss den §§ 744, 745 BGB. (Crome II, S. 395.) Hat die Wahl nun durch Kollektiverklärung zu erfolgen, wie Schollmeyer

(S. 65) meint, oder genügt es, wenn die mehreren übereinstimmenden Erklärungen nacheinander an den Gegner gelangen? Letzteres wird von Pescatore (S. 205) und im Anschluss an ihn von Staudinger (§ 263, 3a) befürwortet. Ich möchte mich ihnen anschliessen und es für genügend erachten, wenn die übereinstimmenden Erklärungen nacheinander dem Gegner zukommen. Erst mit dem Eintreffen der letzten Wahlerklärung würde die Wahl dann als vollzogen anzusehen sein. Bis dahin muss jeder seine Wahl widerufen können, denn sonst gäbe es, wenn die Wählenden verschiedene Erklärungen abgeben würden, kein Mittel, eine einheitliche Wahl zu erzielen. (Staudinger, 263, 3a; Pescatore, S. 205/6.

b) Mehrheit auf der Gegenseite des Wahlberechtigten.

(Gläubiger oder Schuldner.)

Nach dem Wesen der Gesamthandschuld kann die Wahl nur allen (Gläubigern oder Schuldnern) gegenüber gemeinschaftlich erfolgen; Pescatore (S. 206) und Staudinger (§ 263, 3a) wollen gleichwohl die Wahl schon dann als vollzogen ansehen, wenn sie nur einem Gläubiger oder Schuldner gegenüber erklärt worden ist, weil es an einem Grunde fehle, weshalb der Erklärende von seiner ersten Erklärung wieder abgehen könnte. Diesem Ergebnis können wir jedoch mit Planck (§ 263, 4), Schollmeyer (§ 263, 3c), Litten (S. 134) und Oertmann (§ 263, 3) nicht beistimmen. Es muss vielmehr eine Wahlerklärung, die nur einem gegenüber erklärt worden ist, solange als widerruflich gelten, bis allen gegenüber übereinstimmende Erklärungen abgegeben worden sind. Denn solange nicht eine einheitliche Wahlerklärung allen gegenüber erfolgt ist, ist eine objektiv wirksame Wahl nicht vorhanden.

Lebenslauf.

Am 25. November 1885 wurde ich, Martin Rasmus, zu Punitz, Provinz Posen, als Sohn des Pastors Berthold Rasmus und seiner Ehefrau Emma, geb. Tesmer, geboren.

Ich bin Preusse und evangelischer Konfession.

Ostern des Jahres 1898 wurde ich in die Quarta des Gymnasiums zu Neuhaldensleben aufgenommen. Michaelis 1905 verliess ich die Schule mit dem Zeugnis der Reife.

Ich genügte sodann meiner Militärpflicht in Berlin, woselbst ich mich gleichzeitig bei der juristischen Fakultät einschreiben liess. Studiert habe ich ferner in München und Breslau, wo ich am 21. Dezember 1909 die erste juristische Staatsprüfung, am 28. Januar 1910 das examen rigorosum bestand.

Meinen Vorbereitungsdienst begann ich am 8. Februar 1910 bei dem Königlichen Amtsgericht in Loburg; zur Zeit bin ich bei der Königlichen Staatsanwaltschaft in Magdeburg beschäftigt.

Während meiner Studienzeit hörte ich Vorlesungen insbesondere bei den Herren Professoren Dr. Dr. Brie, Brunner, Dernburg, Fischer, Gierke, Gretener, Gruber, Heilborn, Klingmüller, Kohler, Leonhard, Herb. Meyer, v. Schmoller, Schott, Seckel, Wagner und v. Wenckstern. Allen diesen Herren spreche ich meinen ergebensten Dank aus.